بحث محكَّم

ما جرى به العمل في الفقه المالكي

نظرية في الميزان

إعداد

د. قطب الريسوني *

---

* أستاذ الفقه والأصول المساعد بكلية الشريعة– جامعة الشارقة .

مقدمة

إن من دواعي تحديد فقه القضاء، والرقي به إلى مدارج الرشد، فتح باب الاجتهاد فيه على نحو يدارج المستجدات، ويكتنف النوازل، ويتدلى إلى واقع الناس وأسباب معاشهم، فضلاً عما يترتب على ذلك في العاجل والآجل من صيانة الحقوق، واستقرار حبل العدالة، وحماية بيضة الدين. وما انحط قضاء أمة إلا بانحطاط رجاله، فكان أمرها في ذهاب وإدبار. وإذا كان هذا الانحطاط يعزى إلى بواعث شتى، فإن أكثرها تسلطاً على النفس، وتصرفاً في الفكر، الإغراقَ في التقليد، والجمود على مسطور المذهب، وإن قامت الحجج الناهضة الملزمة على مجافاته لمقتضى الشرع، وتنكّبه جادة السنة. والداء في هذا الباب قديم، والبلوى فيه عامة، والجلبة منه معتادة.

وقد كان لفقهاء المالكية في المغرب والأندلس يد صالحة وأثر حسن في تطوير فقه القضاء والنهوض به، مع ما أدلى به بعضهم من آفة التعصب، والدفع في صدر الأدلة بالمحامل الباردة المتهافتة، بيد أن الفئة المتبصرة المنصفة كانت حريصة أشد الحرص وأقواه على أن يكون فقهها موصولاً برافد التجديد، وممدوداً بسبب النماء، ومن هؤلاء رجال مهّد لهم الاجتهاد الدّرج كله، فتناولوه وثاباً، وبلغوا به القنّة، كابن عبدالبر، وأبي بكر بن العربي،

وابن رشد الحفيد، ومنهم من كان دون ذلك علو همة، وكمال سعي، ووفور علم، فجاء اجتهادهم محصوراً في دائرة المذهب، لا يجاوز التخريج على وجوهه، والترجيح بين أقواله في مورد التزاحم.

ومن الملامح الاجتهادية التي تسترعي النظر في فقه القضاء المالكي، نظرية ما جرى به العمل، ومقتضاها العدول عن مشهور المذهب، التفاتاً إلى مصلحة مجتلبة، أو مفسدة مدفوعة، أو عرف جار، وهذا الصنيع لا يقوم عليه إلا من أوتي حظاً من البصر بمقاصد الشريعة، والنظر في مصالح الخلق، والتضلع من فقه الواقع. بيد أن (فقه العمل) ضاع بين الغالي فيه والجافي عنه، أما الأول فيقدم العمل به على النصوص القطعية من الكتاب والسنة، تقديساً للعرف الدارج والعمل الجاري، ومداهنة للاعتياد العامي الذي يصبح له - في غياب الرقابة الحازمة - من السلطان، والغلبة، وقوة الشوكة، ما يورث الرهبة، ويحمل على التقديس! أما الثاني فشنّ على (فقه العمل) حملة شعواء، وانقضى القلم لبيان وهائه؛ إذ ترسخ لديه اعتقاد أو عرفان بأن العمل لا أصل له إلا الجريان على الأقوال الضعيفة، ومجاراة الأعراف الفاسدة، وفي هذا الإطلاق نظر ليس هذا محل بسطة، إلا أن الإنصاف يحملنا على القول بأن ما يشوب (العمل) أحياناً من مخالفات صريحة في التطبيق، يغري الناقد بانتضاء القلم والتشمير للبيان!

وإن منهج الوسطية يقتضي وزن (فقه العمل) بميزان الإنصاف، والنظر إليه بعين التجرد، فنثبت ما له من المزية والفضل والعائد، ونجرّد القلم لبيان مثالبه، على سنن النقد الحصيف الذي ينفض عن الفقه الزيوف، ويدع عن بابه الواغل والدخيل!

ومن ثم فإن من المقاصد التي تشوفت إليها هذه الدراسة وضع الأمور في نصابها، وإحلال (فقه العمل) المنزلة التي تليق به، بعيداً عن الوكس والشطط، ذلك أن هذا الفقه

إذا استثمر في محله، وصين عن المخالفة، عاد على القضاء بعائدة الخير والنماء، لانبنائه على مدارك شرعية صحيحة، تفتح باب الاجتهاد على مصاريعه لمن توفر على آلته، واستجمع شروطه.

وإن الإنصاف يلحف علينا إلحافاً، للإشارة إلى سبق الدكتور عمر الجيدي إلى إماطة اللثام عن جهود مالكية المغرب في النهوض بفقه العمل تأصيلاً وتفريعاً؛ إذ كان كتابه: (العرف والعمل في المذهب المالكي، ومفهومها لدى علماء المغرب)(١) عملاً رائداً في بابه، جليلاً في موضوعه، مع الحظ الأوفر من استقامة المنهج، ونصاعة الأسلوب، إلا أن مأتى الإعواز والخصاص فيه من جهتين: الأولى: إغفال الأثر المحقق لنظرية العمل في النهوض بفقه القضاء، وإثراء آلة الاجتهاد. ولا ننكر هنا أن المؤلف محّض مبحثاً مستقلاً برأسه، لبيان أثر النظرية في تطوير الفقه المالكي، إلا أنه حام وما ورد، ورمى وما قرطس، إذ جاء تناوله في غاية الضعف والضمور، والانخزال عن الاستقصاء. والثانية: الغفلة عن استقراء المخالفات والبدع التي شابت تطبيقات العمل في بابي العبادات والعادات، وتعقب عوارها في ضوء الدليل الشرعي، ولا يخفى على حصيف أن السكوت عليها ينكّر أعلام الشرائع، ويخفت صدى السنن، ولم ينفخ في كير هذا البلاء إلا أحلاف العمل المردود، وأسراء العرف الفاسد.

ثم تلت هذه الخطوةَ الرائدة خطوة ثانية شدّت من أزرها، وهي كتاب: (نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي)(٢) للأستاذ عبدالسلام العسري، وقد فصّل في جوانب من النظرية تفصيلاً لم يسبق إليه، وأطال النفس في جلب

---

(١) منشورات صندوق إحياء التراث الإسلامي المشترك بين المغرب والإمارات، مطبعة فضالة، المحمدية، ط١، ١٤٠٤هـ/١٣٤٢م.

(٢) منشورات وزارة الأوقاف المغربية، الرباط، ط١، ١٤١٧هـ.

التطبيقات، وأضاف إلى الصرح التنظيري الذي شاده الدكتور الجيدي لبنات متمّمة، إلا أن الملمح النقدي في الكتاب يبدو حائلاً، من حيث تعقّب مخالفات النظرية بمعيار النصوص والقواعد الشرعية، فضلاً عن إغفال الأثر المحقق لـ (فقه العمل) في النهوض بصنعة الاجتهاد، والإضافة إلى الرصيد التأصيلي للمذهب المالكي.

المبحث الأول

نظرية ما جرى به العمل

المفهوم، والنشأة، والمجال

١ - إضاءات بين يدي مصطلح: (ما جرى به العمل)

العمل في اصطلاح مالكية المغرب هو: العدول عن القول الراجح أو المشهور إلى القول الضعيف في بعض المسائل رعياً لمصلحة مجتلبة، أو مفسدة مدفوعة، أو عرفٍ جارٍ. وحكم القضاة بذلك وتواطؤهم عليه لسبب اقتضى ذلك(٣).

والظاهر من التعريف أن إجراء العمل -بناءً على القول الضعيف أو الشاذ إذا تعلقت به مصلحة شرعية معتبرة-، صنيع اجتهادي لا يضطلع به إلا من أوتي حظاً من البصر بمقاصد الشرع، والغوص على فقه الواقع، وتحقيق مناطات التطبيق؛ لأن فتح الذرائع إلى تحصيل المصالح، يقتضي الموازنة بين المصلحة والمفسدة المتزاحمتين، وركوب معايير التقليب والترجيح، وهذا هو عين الاجتهاد. يقول محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي: «وعليه فالعمل لا يعتمد إلا إذا جرى بقول راجح، أو من قاض مجتهد الفتوى بين وجه ترجيح ما عمل به، لأن المجتهد هو الذي يقدر على تمييز ما هو مصلحة، وما هو مفسدة،

---

(٣) عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص ٣٤٢.

أو ذريعة إليها، ويميز ما هو في رتبة الضروريات، والحاجات، وما هو في رتبة التحسينات. . وعلى كل حال لا يقدر على نقد مثل هذا إلا من بلغ رتبة الاجتهاد المذهبي، أما من لم يبلغها، فليس له رخصة في أن يترك المشهور إلى الشاذ في الفتوى والحكم أصلاً، فالباب دونه مسدود)(٤).

ولا يذهب عنك أن العمل أياً كان موجبه وداعيه فهو مبني على مذهب مالك، فإذا كان ملتفتاً فيه إلى جلب المصلحة فهو على أصله في الاستصلاح، وإذا كان منظوراً فيه إلى درء المفسدة فهو على أصله في سدّ الذرائع، وإذا كان مركوناً فيه إلى العرف فهو على أصله في مراعاة العوائد والأعراف. بيد أن العمل يرتبط بموجبه ارتباط العلة بالمعلول، ولذلك يختلف باختلاف البلدان، ويتحدد في الموضع الواحد بتحدّد محله ووقته، فإذا ارتفع الموجب عاد الحكم إلى الراجح أو المشهور؛ إذ العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدماً.

وليس العمل المقصود هنا رديفاً لعمل أهل المدينة، لاختلافهما في المفهوم والمشرب؛ إذ مبنى الأول على القول الضعيف الذي تقوّى بجابر معتبر في دائرة أصول المذهب، فترقى إلى رتبة الراجح أو المشهور، لموجب اقتضى ذلك. أما الثاني فمبني على المشاهدة المتصلة، والملاحظة المستمرة، لمسائل وقعت في عصر رسول الله ﷺ، وامتدت إلى زمن الإمام مالك في مكان مخصوص هو المدينة المنورة، دار الهجرة، ومهد السنة، ومأوى الصحابة رضوان الله عليهم.

وقد مال الدكتور عمر الجيدي إلى أن العمل الذي استقر عليه فقهاء الغرب الإسلامي لا يعدو أن يكون امتداداً لعمل أهل المدينة في الأصل والمظهر(٥)، ورأيه محل نظر؛ لأنه

---

(٤) محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي، الفكر السامي، ٢/٤٠٦.
(٥) عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص ٣٤٢.

يوجب التقارب والتضايف بين عمل أهل المدينة والعمل عند المتأخرين في المفهوم والمنزع؛ إذ لا بد أن يكون الفرع مشابهاً لأصله، ومستمداً منه بحظ يقل أو يكثر، وهذا ما لا نقرّه؛ لاختلافهما في المفهوم والطبيعة، والسياق الاجتهادي الذي دار في فلكه العملان.

وثمة فرق جليّ أيضاً بين العرف وما جرى به العمل، فالأول ما تواطأ عليه عمل العامة، من غير استناد إلى مدرك، والثاني: حكم القضاة بالقول وتواطؤهم عليه(٦).

وإذا تمهّد هذا وتقرّر أدركنا على نحو من السهولة واليسر أن العمل لا يعوّل عليه إلا عند صدوره ممن يقتدى بهم علماً وحالاً. إلا أن تمييزه عن العرف ليس بقطعي؛ إذ قد يبنى العمل على صرفٍ دارجٍ؛ بل يكون العرف مرجّحاً لقيام العمل وتقديمه على المشهور أو الراجح، ولا يختص الترجيح به بالمجتهد، لأن العرف مدرك ظاهر، يستوي في إدراكه وملاحظته الخاص والعام.

وينقسم العمل باعتبار الوضع الذي يجري فيه إلى قسمين:

- الأول: عمل مطلق يجري في أقطار شتى، كالعمل الأندلسي، والعمل الإفريقي، والعمل المغربي.
- الثاني: عمل مقيّد يجري في بلد بعينه ولا يتعداه إلى بلدان أخر، كالعمل القرطبي، والعمل الفاسي، والعمل السوسي، والعمل التطواني.

٢- نشأة العمل

نشأت نظرية العمل وشبّت عن الطوق في حواضن الغرب الإسلامي، وكان حبوها الأول في ديار الأندلس التي ازدانت بفقهاء كبار كان لهم من سعة الأفق، ووفور العلم، وشفوف

---

(٦) المهدي الوزاني، تحفية الأكياس بشرح عمليات فاس، ١/٥.

الرأي ما أسعفهم على النهوض بفقه القضاء، ومواجهة النوازل بفكر استصلاحي وقّاد.

وليس من المتاح - مع نضوب المعلومات، وسكوت المصادر - الوقوف على التاريخ الدقيق لبداية العمل، إلا أن بين يدينا وقائع تاريخية يستفاد منها أن الأخذ بالعمل كان جارياً في القرن الرابع الهجري، فقد ثبت أن ابن لبابة القرطبي (ت ٣١٤هـ) كان يفتي بعدم اشتراط الخلطة في اليمين، جرياً على عمل بلده، وهو من فقهاء القرن الرابع الهجري، كما ثبت أن القاضي منذر بن سعيد البلوطي (ت٣٥٥هـ) كان يقضي بمذهب مالك والعمل الجاري في بلده إذا تصدر للحكومة، مع نزعته الظاهرية، والرجل ولي القضاء سنة ٣٣٩هـ(٧).

ولما أطل القرن الخامس الهجري، صار للعمل من الذيوع والشيوع ما زاحم به الأصول المستقرة المشهورة، فجرى على ألسنة الفقهاء، وطار ذكره في التأليف، ودونك كتب أبي الوليد الباجي (ت٤٧٤)، وابن عناب (ت٥٢٨هـ)، وابن سهل (٤٨٦هـ)، وابن عاصم (ت٨٢٩هـ)، فإنها شواهد نواهض على استكثار مالكية الأندلس من الأخذ بالعمل والاسترسال فيه.

وقد نظم ابن غازي في أرجوزته المشهورة ما خالف فيه الأندلسيون مذهب مالك، جرياً على العمل، فقال:

قد خولف المذهب في أندلس ... في ستة، منهن: سهم الفرس
وغرس الاشجار لدى المساجد ... والحكم باليمين قل والشاهد
وخلطة والأرض بالجزء تلي ... ورفع تكبير الأذان الأول(٨)

---

(٧) القاضي عياض، أزهار الرياض، ٢/ ٢٩٥.

(٨) انظر شرح هذه المسائل في: حاشية الطالب محمد بن حمدون علي ميارة، ١٦٢/١، والمدرسة المالكية الأندلسية إلى نهاية القرن الثالث الهجري، لمصطفى الهروس، ص٢٩١.

ثم امتدّ بساط العمل، وأينعت غراسه بالمغرب، فصار محكَماً عند الفقهاء، معوّلاً عليه في الحكم والفتيا، وهذا ما حدا الشيخ أبا الحسن الزقاق (ت ٩١٢هـ) إلى عقد فصل مستقل في لاميته لما جرى به العمل، وأومأ فيه إلى أن عمل المغرب مقتبس من الأندلسيين، بحكم الجوار والمتاخمة.

ثم راحت التواليف والأنظام تترى، فألف أبو العباس أحمد بن القاضي (ت ١٠٢٥هـ) كتاب (نبل الأمل فيما به بين الأئمة جرى العمل)، وألف العربي الفاسي (ت ١٠٥٢هـ) رسالة فيما جرى به العمل من شهادة اللفيف(٩)، وألف محمد بن أحمد ميارة (ت ١٠٧٢هـ) في مسألة بيع الصفقة، ونظم عبدالرحمن الفاسي نحو ثلاثمائة مسألة مما جرى به العمل في فاس(١٠).

والحق أن بداية العمل بالمغرب ما زالت مطوية في مجاهيل التاريخ، ولكن القرائن ناهضة على أن الفقهاء ركنوا إليه في غضون القرن الثامن الهجري، إذ كان العمل بشهادة اللفيف جارياً آنذاك، كما ينبئ عن ذلك جواب أبي الحسن الصغير (ت ٧١٩هـ) حين سئل عن رسم شهد فيه أحد وثلاثون رجلاً، يكتفي فيه بهذا العدد، أم لا بد من عدلين؟ فأجاب: «لا بد من عدلين، أو ينتهي العدد إلى حد التواتر»(١١).

وقد نصر هذا الرأيَ الأستاذ العراقي في محاضراته عن تاريخ التشريع حين قال: «انتبه المغاربة في القرن الثامن الهجري إلى أصل من الأصول التي بنى عليها الإمام مالك مذهبه، وهو عمل أهل المدينة، فنقلوا الشريعة إلى الحالة الاجتماعية، مع الرغبة في وحدة الأحكام

---

(٩) طبع في المغرب بتحقيق شيخنا الفقيه محمد بو خبزة الحسني.

(١٠) شرح هذا النظمَ الناظمُ نفسه ولم يتمه، وشرحه القاضي العميري، وأبو عبدالله السجلماسي، والمهدي الوزاني في كتابه (تحفة الأكياس بشرح علميات فاس)، وعبدالصمد كنون في (جني زهر الآس في شرح نظم عمل فاس)، وهذه الشروح إما مطبوعة متداولة، أو مطبوعة على الحجر، أو محفوظة.

(١١) إبراهيم بن هلال، الدر النثير على أجوبة أبي الحسن الصغير، طبعة حجرية، فاس، ص٧.

والقضاء بقدر الإمكان. وكانوا في بادئ أمرهم متأثرين بما يجري عليه العمل في الأندلس»(١٢). وقد استروح إلى الرأي نفسه الباحث الدكتور عمر الجيدي، وعلَّله باستقلال المغرب في التشريع، بعد انكماش ظل الإسلام في الديار الأندلسية، ونزوح علمائها إلى العدوة المغربية(١٣).

٣- مجالات العمل

يجري العمل في ثلاثة مجالات:

١- العبادات: وهذا مجال جرى فيه العمل على وفاقِ الأعراف الدارجة، وإن كانت مصادمة لأصول الشرع ومقاصده، ويمكن أن تمثّل له بالذكر في تشييع الجنائز، وقراءة القرآن على القبور، والمسح على الوجه بالكفين بعد الفراغ من الدعاء.

وقد راحت هذه المخالفات، ونفق سوقها، لدواع شتى: كالاحتجاج بالضعيف(١٤)، والانسياق وراء العرف الفاسد(١٥)، ومخالفة القواعد الأصولية(١٦)، فضلاً عن

---

(١٢) العراقي، محاضرات في تاريخ التشريع، ص ١٣٢.

(١٣) عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي. ص٣٥١.

(١٤) احتج القائلون بالمسح على الوجه بعد الفراغ من الدعاء بحديث رواه أبو داود في كتاب الوتر، باب الدعاء، من حديث ابن عباس، برقم: ١٤٨٥، وفيه زيادة منكرة: (فإذا فرغتم فامسحوا بها وجوهكم)، ولذلك قال عنه أبو حاتم كما في (العلل) لابنه (٢/٣٥١): (هذا حديث منكر)، وضعفه الألباني في (ضعيف سنن أبي داود)، وفي الجملة فإن في الحديث عللاً وآفات استوفاها الشيخ بكر أبو زيد في (جزء في مسح الوجه باليدين بعد رفعهما للدعاء)، ص ١٥-١٨، وقد سئل العز بن عبدالسلام عن مسح الوجه بعد الدعاء فقال: (لا يمسح وجهه إلا جاهل). انظر الفتاوى الموصلي، ص ٣٥.

(١٥) احتج من يرى جواز الذكر عند تشييع الجنائز بجريان العرف بذلك بين الناس، غير ملتفت إلى أن الشرط في إجراء العرف عدم المخالفة للنص الشرعي، وترك الذكر ورد فيه حديث مرفوع رواه أبو داود في كتاب الجنائز، باب في النار يتبع به الميت، برقم: ٣١٧١ بلفظ (لا تتبع الجنازة بصوت ولا نار)، والحديث وإن كان في سنده مجهولون، فإنه يتقوى بمجموع شواهده التي استقصاها الألباني في (أحكام الجنائز) ص٩١. والصوت في الحديث نكرة في سياق النفي، وهي من صيغ العموم والشمول، أي: أنه لا تتبع الجنازة بأي صوت، بكاء كان أو رثاء أو ذكراً أو حديثاً عابراً، فتأمل!

(١٦) ذهب بعض الفقهاء إلى أن الأصل في منع الذكر في تشييع الجنائز السنة التَّركية، والترك يفيد الجواز لا المنع، فلا حجة فيه على المطلوب، وفي هذا الرأي غفلة عن القواعد، لأن الترك في حقيقته وجودي لا عدمي، =

سكوت العلماء عنها، تهيباً من اعتياد العامة، وظناً بأن شيوعة الفعل تدل على جوازه، وخفاءه يدل على منعه!

ولا يذهب عنك ما تفضي إليه هذه المخالفات من اندثار السنن، أو انكماش ظلها؛ لأنه ما من سنة مضاعة إلا وإلى جنبها بدعة مذاعة، كما قال الإمام ابن حزم(١٧)، فيُحرم الناس من ثواب العمل بالمشروعات، وتعهد السنن، والجري على جادة السلف الصالح.

٢- المعاملات، وأكثرها مما يدلي بصلة إلى الأقضية والدعاوى وفقه البيوع، وهذا هو المجال الرحيب لجريان العمل؛ إذ الأصل فيه أن يجري فيما يعقل معناه، ويدرك وجهه على نحو من التفصيل.

٣- مسائل لم تتمحض للعبادات ولا للمعاملات، كزخرفة المساجد، وتزويق المحاريب، والذكاة بالرصاص(١٨).

المبحث الثاني
موقف فقهاء المالكية من العمل

إن استقراء النقول عن فقهاء المالكية في حجة العمل وصحة الركون إليه في الفتوى والقضاء، يميط اللثام عن اختلافهم في ذلك على قولين:

- الأول: أن العمل أصل معتبر، لا يستغنى عنه في صناعة الفتوى والقضاء، وتركه - مع قيام المصلحة الداعية إليه -، تضييق على الناس، وفتح لأبواب الخصام، وجمود

= فإذا ترك الرسول صلى الله عليه وسلم الشيء مع مقتضيه فإن هذا الترك يعد نصاً، ومخالفته بدعة، كتركه الأذان في صلاة العيدين. وقد انتصر الشاطبي لهذه القاعدة في كتابه (الاعتصام)، ونافح عنها بأدلة أصولية ناهضة، فليراجع للفائدة.

(١٧) ابن حزم، المحلى، ٨/٤٦١.

(١٨) عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص ٤٣٠.

منافٍ لمقاصد الشرع، وقواعد المذهب، وهذا مذهب السواد الأعظم من فقهاء المالكية، كابن عبدالبر، والمازري، وابن فرحون، وابن سراج، والعبدوسي، والخطاب، والأجهوري، وميارة، والتسولي، وأبي العباس الهلالي، والعربي الفاسي، والمهدي الوزاني وغيرهم(١٩).

وقد ذهب بعض فقهاء المالكية في الاعتداد بالعمل الجاري مذهباً بعيداً حين عدوا الخروج عنه مدعاة للتنقص، ومجلبة للريبة القادحة وإساءة الظن بالقاضي أو المفتي، يقول الشيخ ميارة: (إن القاضي يلزمه اتباع عمل بلده، وإن خروجه عنه موجب إساءة الظن به)(٢٠).

وذهب أبو مهدي السكتاني مفتي مراكش إلى أن (ترك ما جرى به العمل فتنة وفساد كبير(٢١)، وصرح التسولي بأن مخالفته ليس بالأمر الهين(٢٢)، ومال المهدي الوزاني إلى أن الاعتراض عليه (مما تمجُّه الأسماع، ويتفق على بطلانه العقول والطباع)(٢٣)، وجاء في (المعيار) للونشريسي أن العمل إذا جرى يلتمس له المخرج الشرعي ما أمكن(٢٤).

وإن سلطان العمل على نفوس المالكية، واستئثاره حظ، بلغ مبلغاً لا يحيط به الوصف؛

---

(١٩) انظر: المواق، سنن المهتدين، ص٥، وابن فرحون، التبصرة، ١/٥٨، والوزان، الحاشية على شرح الزقاقية، ص ٢٦٢، والسجلماسي، شرح عمل فاس، ١/٣٣، والهلالي، نور البصر، ص١٣٤، وأبو حفص الفاسي شرح الزقاقية، ص١١٤، والمهدي الوزاني، الحاشية على التحفة، ١/٧١، والوزاني، تحفة الأكياس، ٢/٢٢٨، والحجوي الثعالبي، الفكر السامي، ٤/٢٢٩.

(٢٠) نقله عنه أبو العباس الهلالي في نور البصر، ص١٣٤، وعلى هذا الرأي المجاصي في أجوبته، كما أفاد ذلك المهدي الوزاني في حاشيته على شرح الزقاقية، ص٢٦٢.

(٢١) المهدي الوزاني، الحاشية على التحفة ١/٧١.

(٢٢) نفسه، ١/٧١.

(٢٣) نفسه، ١/٧١.

(٢٤) الونشريسي، المعيار، ٨/٨.

إذ كان العزل عن الوظيفة الشرعية مصيرَ كل مخالف للعمل الجاري، وهذا ما ابتلي به الحافظ أبو عبدالله محمد القوري حين أفتى بعدم لزوم بيع المضغوط، فكان ذلك حاملاً على تأخيره عن مجلس الشورى(٢٥)، مع أن فتواه جارية على مشهور المذهب.

- الثاني: أن العمل بدعة منكرة، وتحريف للنصوص، وقد حمل لواء الغارة عليه الإمامان الطرطوشي، والمقري(٢٦)، ولعلهما يصدران في هذا الموقف عن تصور مفاده؛ أن العمل ميل إلى القول الضعيف أو المرجوح من غير مرجّح، ومجاراة لأعراف الناس صالحها والفاسد، ولا سيما أن الطرطوشي كان حريصاً على سدّ الذرائع إلى البدع، وألف في مناهضتها كتاباً مستقلاً برأسه.

والذي أميل إليه أن المخالفين، وهم قلة قليلة، يسلكون العمل في عداد الآراء المذمومة، والقول في دين الله بالتشهي والتلذّذ، وفي هذا التصور غفلة عن حقيقة العمل وشروط العمل به، ولو جلّي الأمر المخالف فيه على النحو الذي تقرّر عند المالكية المتأخرين، لكان له موقف آخر أقرب إلى الاعتدال والنصفة.

أما الفقهاء المعاصرون(٢٧) فشنوا على العمل حملتهم الشعواء، لما رأوا جنوح أربابه إلى المخالفة في التفريع عليه، وكانت منظومة العمل الفاسي، وهي التي حوت من المخالفات ما حوت، حافزاً إلى الإنكار على العمل مطلقاً، وإنكارهم لا غبار عليه من جهة الذبّ عن حياض الشرع، وتعقّب المخالفين له، لكن فقه العمل إذا واتاه التطبيق السليم، والجري على الجادة، والنظر إلى المصالح المعتبرة، فإنه وسيلة مثلى لإثراء آلة

---

(٢٥) انظر المسألة الشهية للجلالي، مخطوط الخزانة العامة بالرباط، رقم ٧٤٢٣، ص٢٢.

(٢٦) المقري، نفح الطيب، ١/ ٥٥٦.

(٢٧) كان العلامة المحدث أحمد بن الصديق الغماري يصف العمل الفاسي ب (العمل الفاسد)، وكان الشيخ الداعية محمد تقي الدين الهلالي يقول: العمل المطلق مطلق عن كل ضابط شرعي. حدثني بهذا تلميذ الشيخين الفقيه محمد بوخبزة حفظه الله.

الاجتهاد، ومدافعة التعصب للمذهب.

المبحث الثالث
شروط فقهاء المالكية في إثبات العمل

لم يكن العمل عند مالكية المغرب كلأً مباحاً لكل راتع؛ بل الجاهل مطرود عن بابه، مخلأً عن مورده، ومصداق ذلك الشروط التي نصوا على استيفائها لثبوت العمل، ويمكن حصرها فيما يأتي:

١- ثبوت جريان العمل بالقول

اختلف فقهاء المالكية المتأخرين في طريقة ثبوت العمل على أربعة أقوال:

- الأول: جريان العمل بقول عالم واحد موثوق به؛ لأنه من باب الخبر الذي يجزئ فيه خبر الواحد، وهو مذهب أبي العباس أحمد الهلالي(٢٨)، ونصره المهدي الوزاني(٢٩)، والشريف العلمي(٣٠).

- الثاني: أن العمل لا يثبت إلا باتفاق ثلاثة من العلماء أو القضاة، وهو مذهب الرهوني في أحد قوليه؛ إذ النقل عنه مضطرب في المسألة(٣١)، وعضّده فيه أبو الحسن التسولي(٣٢).

- الثالث: أن العمل يثبت بشهادة العدول المتثبتين في المسائل ممن أوتوا حظاً من المعرفة،

---

(٢٨) أبو العباس الهلالي، نور البصر، ص ١٣٤.

(٢٩) المهدي الوزاني، الحاشية على شرح التاودي لتحفة ابن عاصم، ١/ ٢٤١.

(٣٠) انظر: المهدي الوزاني، تحفة الأكياس، ١/ ٥.

(٣١) اضطرب رأي الرهوني في المسألة، فمرة قال: يثبت العمل بقول عالمين، ومرة قال: لا بد من ثلاثة. انظر: حاشية المهدي الوزاني على التحفة، ١/ ٢٤١.

(٣٢) التسولي، البهجة في شرح التحفة، ١/ ٢٢.

يقول: «ولا يثبت العلم بما نراه الآن، وهو أن يقول بعض عوام العدول ممن لا خبرة له بمعنى لفظ المشهور أو الشاذ، فضلاً عن غيره: جرى العمل بكذا، فإذا سألته عمن حكم به، أو أفتى به، توقف أو تزلزل، فإن هذا لا يثبت به مطلق الخبر، فضلاً عن حكم شرعي»(٣٣).

- الرابع: أن العمل يثبت بشهادة العدول ونص عالم موثوق به، وقد نصر هذا القول مولاي الحفيظ العلوي(٣٤)، وهو مركّب من القولين الأول والثالث.

والراجح عندي أن العمل لا يثبت إلا باتفاق ثلاثة من أهل العلم، وشهادة العدول المتثبتين في المسائل، وهذا قول خامس في المسألة مركّب من القولين الثاني والثالث، ويُؤنس له مرجّحان:

- الأول: أن في التشديد في إثبات العمل احتياطاً لدين الله، وحسماً لمادة التقوّل والافتيات، ولا سيما أن العمل أمسى في بعض الأحيان سلاحاً يدفع به في صدر الأدلة، ويُناضل به عن التقليد، ويُقرَّب به إلى صنم العرف الفاسد.

- الثاني: أن إثبات العمل بالشرطين المذكورين يشدّ نطاقه، ويعضّد منحاه؛ ذلك أن الأصل في إجرائه تقديمه على الراجح أو المشهور، ومن المعلوم أن الإفتاء بالقول الضعيف حرام إلا لمجتهد انقدحت له أمارة توجب رجحانه، فينجبر ضعفه بجابر معتبر، ومعضّد ناهض.

٢- أن يكون العمل جارياً على قواعد الشرع

إنّ العمل، وإن كان ناكباً عن سنن الراجح أو المشهور، وعليهما المعوّل في الحكم

---

(٣٣) انظر: الهلالي، نور البصر، ص١٣٤.

(٣٤) مولاي الحفيظ العلوي، العذب السلسبيل في حل ألفاظ خليل، ص٦٠.

والفتيا، فمن الشروط المرعية في إعماله: الجري على قواعد الشرع، وقد نصّ على ذلك الشيخ ميارة في شرحه للامية الزقاق(٣٥)، والمقصود أن يكون جريان العمل مبنياً على جلب مصلحة، أو درء مفسدة، أو مراعاة ضرورة؛ ذلك أنه لا يقدّم على المشهور عند التزاحم إلا التفاتاً إلى المدرك الذي اعتضد به، وإلا كان زوراً من القول، وضرباً من الهوى والتشهي؛ بل إن بعض الفقهاء ذهب إلى أن العمل لا يزاحم الرَّاجح أو يخرج عن جادته؛ لأن الأخذ به جارٍ على أصل المذهب في جلب المصالح، ومراعاة الأعراف، وحسم وسائل الفساد، والراجح هو ما قوي دليله، ونهض مدركه. قال صاحب المراقي:

وقُدّم الضعيف إن جرى العمل　　　به لأجلِ سبب قد اتّصلْ(٣٦)

٣- معرفة محلّ جريان العمل

إن معرفة المكان الذي يجري فيه العمل شرط لا ندحة عنه في تقديمه على الراجح أو المشهور؛ لأن اختلاف الأماكن والأقاليم يراعى في صياغة الحكم وإنشاء الفتوى، فلكل بلد أعرافه وخصوصياته التي تتيح إجراء عمل دون غيره، واصطفاء قول دون سواه، وهذا ما جلاّه أبو العباس الهلالي قائلاً: «فإنه إذا جهل المحلّ أو الزمان الذي جرى به العمل، لم تتأت تعديته إلى المحل الذي يراد تعديته إليه؛ إذ للأمكنة خصوصيات، كما للأزمنة خصوصيات»(٣٧).

٤- معرفة زمان جريان العمل

إن لكل زمان أهله وأعرافه ونوازله، وما يقوم مصلحةً في يوم قد يصير مفسدةً في

---

(٣٥) ميارة، شرح لامية الزقاق، ص٣.
(٣٦) إبراهيم العلوي الشنقيطي، نشر البنود على مراقي السعود، ٢/٣٣٣.
(٣٧) أبو العباس الهلالي، نور البصر، شرح خطبة المختصر، ص١٣٢.

مستقبل الأيام، ومن هذا فإن إجراء العمل مقيّدٌ بوقت معين لا يتعداه إلى غيره؛ لأن المصلحة فيه قائمة معتبرة، وقد تزول بزوال هذا الوقت، وقد تطَّرد في جميع الأوقات.

وقد جلَّى أبو العباس الهلالي هذا الشرط بمثال في غاية الوضوح والجلاء حين قال: «وقد رأيت قاضياً احتج على فرض أجرة الرضاع في سلجماسة بعمل أهل قرطبة، وزاد في الغلط أن اعتقد أن الدينار المتعارف عندهم هو مثقال الذهب عندنا، فبيّنت له أن هذا لا يصح لاختلاف الزمان والمكان والعرف، وأن الدينار عندهم يطلق على ثمانية دراهم من دراهمهم، وهو أقل من الشرعية، وأمثال هذا الخطأ في كثير من الطلبة كثيرة»(٣٨).

٥- أن يكون العمل صادراً من الأئمة المقتدى بهم

لما كان إجراء العمل فرعاً عن صنعة الاجتهاد، اشترط فقهاء المالكية في إثباته أن يكون صادراً عن أئمة مقتدى بهم في العلم والحال، ومن قصر عن مدارك الاختيار، وافتقر إلى آلة الترجيح، فباب العمل دونه مسدود، وهو عنه بمعزل؛ إذ لا يتاح تقديم العمل على الراجح أو المشهور إلا بموجب شرعي يرجع تقديره إلى المجتهد الذي يجشّم نفسه كؤوداً، ويكلفها نؤوداً عند الموازنة بين المصالح والمفاسد المتزاحمة، وتحقيق مناطات التطبيق، ومراعاة مآلات الأفعال.

وقد أشبع أبو العباس الهلالي القولَ في بيان حقيقة هذا الشرط، وجلّى بالمثال الناصع أثر إهماله في ميدان التشريع، يقول: «فإن العمل من المقلد بما جرى به العمل تقليد لمن أجراه، وإذا لم يعرف من أجراه لم تثبت أهليته، وربما عمل بعض القضاة بالمرجوح لجهله، أو جوره، لا لموجب شرعي، فيتبعه من بعده بنحو ذلك، فيقال: جرى به العمل، ولا

---

(٣٨) نفسه، ص ١٣٣.

يجوز التقليد في الجور والجهل.

وقد سألت قاضياً مارس صنعة القضاء، ونشأ بين أهلها، عن مستندهم في بعض المسائل جرى عملهم فيها بغير المنصوص، إذ لم أجد لها مستنداً، ولو شاذاً، فلم يجد جواباً، ولم يعرف من أجراه أولاً، وسألت آخر عن مثلها فكان كذلك»(٣٩).

٦- معرفة موجب العدول عن المشهور

إن من الشرائط المرعية في إثبات العمل: معرفة موجب العدول عن المشهور، هل هو المصلحة الراجحة، أم الضرورة الملجئة، أم حسم وسائل الفساد؟ حتى إذا زال الموجب عاد الحكم إلى أصله، والعلة تدور مع المعلول وجوداً وعدماً كما يقول الأصوليون، كما إن الجهل بالموجب يمنع تعديته إلى المحل، لاحتمال «أن يكون الموجب معدوماً في البلد الذي يريد تعديته إليه»(٤٠).

وقد نظم بعضَ هذه الشروط الشيخُ محمد كنون حين قال:

والشرط في عملنا بالعملِ   صدوره عن قدوة مؤهّلِ
معرفة الزمان والمكانِ   وجود موجبٍ إلى الأوانِ

كما نظمها الشيخ محمد الغلاوي الشنقيطي في منظومته المشهورة فقال:

شروط تقديم الذي جرى العمل   به أمورٌ خمسة غير همل
أولها ثبوت إجراء العمل   بذلك القول بنصٍّ محتمل
والثان والثالث يلزمان   معرفة الزمان والمكان
وهل جرى تعميماً أو تخصيصاً   ببلد أو زمن تنصيصاً

---

(٣٩) نفسه، ص١٣٣.
(٤٠) نفسه، ص ١٣٣.

رابعها كون الذي أجرى العمل   أهلاً للاقتداء قولاً وعمل
فحيث لم تثبت له الأهلية   تقليده يمنع في النقلية
خامسها معرفة الأسباب   فإنها معينة في الباب(٤١)

المبحث الرابع
تطبيقات فقهية لنظرية ما جرى به العمل

ليس من وكدنا هنا إشباع القول في تطبيقات هذه النظرية عند فقهاء العمل، وحسبنا الاجتزاء بشواهد دالة على المقصود، ومشفية على المراد؛ ذلك أن استجلاء الصورة المثلى لنظرية العمل لا يستقيم إلا برفد الجانب النظري بتطبيقات تجلّي جوهره، وتعضّد منحاه، وإلا التاثت الرؤية، وزاغ النظر عن مكامن الحقيقة.

١ - مسألة الخلطة في اليمين

الخلطة عند المالكية: أن يعلم بين المتداعين مخالطة أو معاملة أو تهمة(٤٢)، والمشهور في مذهب مالك أن المدعى عليه إذا أنكر لا يمين عليه، حتى تثبت الخلطة بينه وبين المدعي، حتى لا يبتذل أهلُ السفه أهلَ المروءة بتحليفهم مراراً في اليوم الواحد. وعلى المشهور عوّل ابن أبي زيد في رسالته حين قال: «ولا يمين حتى يثبت الخلطة أو الظنة»(٤٣). بيد أن الذي عليه العمل في الأندلس وإفريقيا هو قول ابن نافع الذي لا يرى اشتراط الخلطة،

---

(٤١) محمد الغلاوي، منظومة بوطليحية، ص١٢٣-١٢٤. وانظر: محمد إبراهيم علي، (اصطلاح المذهب عند المالكية)، ص٦٢٨.
(٤٢) القاضي عبدالوهاب، المعرفة، ٣/١٥٠٩، والدردير، الشرح الكبير، ٤/١٤٥، وابن جزي، القوانين الفقهية، ص١٩٨.
(٤٣) النفراوي، الفواكه الدواني، ٢/٢٩٩.

لحديث ابن عباس مرفوعاً: «ولكن اليمين على المدعى عليه»(٤٤). يقول الدسوقي: «والذي مشى عليه المصنف قول مالك وعامة أصحابه، وهو المشهور من المذهب، لكن المعتمد قول ابن نافع؛ لجريان العمل به، ومعلوم أن ما جرى به العمل مقدم على المشهور في المذهب إن خالفه»(٤٥).

والذي يبدو لي أن مالكية الأندلس - على مخالفتهم لمشهور المذهب بترك الخلطة في اليمين - لم يعمموا هذا العمل في كل موضع؛ بل يخصون به طائفة من الناس دون غيرها؛ إذ المرأة المتحجبة الخدرة، والرجل المستور المنقبض عن مخالطة المدعي وملابسته، لا يجب عليهما اليمين إلا بالخلطة. وقد ذهب إلى هذا التخصيص ابن عبدالبر(٤٦)، وصوّبه أبو الحسن التسولي، قائلاً: (ولعمري إن هذا هو الصواب في هذا الزمان القليل الخير)(٤٧)، ونظمه الزقاق في قوله:

ولا خلطة، لكن ببلدة يوسف يخصّ بها ذات الحجاب وذو العلا

ولا شك أن الركون إلى العمل في هذه المسألة - على خروجه عن جادة المشهور - يجري على عموم الأدلة، ومقتضى القواعد الشرعية، وبيان ذلك من وجوه:

- الأول: أن عمومات القرآن والسنة تأمر بإقامة العدل، ونصرة المظلوم، وصيانة الحقوق، واشتراطُ الخلطة يجافي هذه العمومات، فيحتاج إلى دليل مخصِّص ناهض.
- الثاني: أن اشتراط الخلطة ذريعة إلى إهدار الحقوق، وتضييع المصالح؛ ذلك أن

---

(٤٤) رواه البخاري في كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود، برقم: ٢٥٢٤، ومسلم في كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، برقم: ١٧١١، واللفظ لمسلم.

(٤٥) الدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير، ٤/١٤٥.

(٤٦) لم أقف على رأي ابن عبدالبر في كتبه المطبوعة، وقد نقله عنه المهدي الوزاني في حاشيته على شرح التاودي للامية الزقاق، ص٢٨٠.

(٤٧) التسولي، الحاشية على شرح التاودي للامية الزقاق، ص٢٤.

المدعي قد يكون صاحب حق، لكن تعوزه البيّنة على إثباته، ولا تقوم بينه وبين المدعى عليه مخالطة أو ملابسة، فإذا اقتضى هذا الشرط المجحف عدم حضور المدعى إليه وتوجيه اليمين له، فإن ذلك مفضٍ إلى تضييع حق المدعي، وفتح ذرائع المحاباة والميل في القضاء.

- الثالث: أننا إذا تصورنا تزاحماً بين المفسدتين: مفسدة تضييع الحقوق، ومفسدة ابتذال أهل المروءة بتحليفهم مراراً، فإن القاعدة تقضي عند الترجيح بارتكاب أخف الضررين، والضرر الأخف هنا هو إهدار تحسينيات تتعلق بكرامة ذوي الهيئات وأهل المروءات، فكيف يغلّب على الضرر الأشدّ وهو إهدار ضروريات كحفظ الحقوق المادية أو المعنوية؟!

- الرابع: أن الاحتياط لكرامة ذوي الهيئات، وسد الذريعة إلى ابتذالهم، لا يتأتى بتضييع حقوق الناس؛ إذ الضرر لا يزال بمثله، ولا متعلّق لمن ذهب إلى اشتراط الخلط في اليمين بحديث: «أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم»(٤٨) لوهائه وعدم نهوضه للاحتجاج على المطلوب، ولو فرضنا - من باب الجدل - صحته، فإنه لا يدل ضمناً ولا صراحة على اشتراط الخلطة، فإقالة عثرات ذوي الهيئات لا يستلزم الإضرار بالغير، وغمط الحقوق، وإهدار المصالح.

ويمكن الاحتياط لمنع أهل السفه من ابتذال أهل المروءة بمسالك أُخر، كتوكيل المدعى عليه لمن يسد مسدّه إن كره الحضور إلى مجلس القضاء، أما إذا كانت المرأة برزة تخرج لقضاء حوائجها فحكمها حكم الرجل، وإن كانت مخدرة فإنها تؤمر بالتوكيل، فإن توجهت عليها اليمين بعث القاضي أميناً معه شاهدان، فيستحلفها بحضرتهما، للحديث

---

(٤٨) أخرجه أبو داود في كتاب الحدود، باب في الحد يشفع فيه، ٤/١٣٣، والنسائي في كتاب الحدود، باب التجاوز عن ذل ذي الهيئة، ٤/٣١٠. واللفظ لأبي داود. وقد ضعفه ابن حجر في (تلخيص الحبير)، ٤/٨٠، وابن الملقن في (خلاصة البدر المنير)، ٢/٣٢٥.

الصحيح: «واغد يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها»(٤٩)، فالرسول ﷺ بعث إليها أميناً ولم يستدعها إلى مجلسه(٥٠).

وثمة مخرج آخر يصون أهل المروءة وذوي الهيئات عن الابتذال، وهو أن يفرد لهم الحاكم مجالس خاصة يجمع فيها بينهم وبين خصومهم(٥١)، فلا تردّ الدعوى حينئذ، مع حسم مادة الإساءة والمضارة والإيقاع في الحرج.

٢- النظر إلى عورة المرأة

المشهور في مذهب مالك أن المرأة تصدق في داء فرجها وبكارتها إذا ادعى الزوج أن بفرجها داء أو أنها ثيب، وهو قول أصحاب مالك، وعليه عوّل خليل في مختصره حين قال: «ولا ينظرها النساء»(٥٢). وخالف في ذلك سحنون (ت٢٤٠هـ)، وأفتى بجواز النظر لقلة أمانة النساء من جهة؛ ولأنه ورد أن الزوجة تردّ بداء الفرج؛ ومعرفة هذا الداء لا تستقيم إلا بنظر النساء وامتحان العيوب من جهة ثانية.

وأفتى ابن حبيب (ت٢٣٨هـ) بالمشهور في المذهب(٥٣)، وخطأه ابن لبابة قائلاً: «هذا خطأ، وجميع من يردها بالعيب يوجب أن تعرض على النساء، وكذلك في البكارة إن شهد النساء أن الأثر قريب حلفت ودينت، وإن كان قديماً ردت ولا يمين عليها»(٥٤)، وبهذا جرى العمل عند متأخري المالكية، معلّلين ذلك بأن المرأة تتهم أن تدفع عن نفسها، فتصبح الشهادة على ذلك من الضرورات لتعلق حق الغير بها. وقد نظم هذه المسألة أبو

---

(٤٩) أخرجه البخاري في كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة، باب الاعتراف بالزنا، ٨/٢٤، ومسلم في كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، ٣/١٣٢٥.

(٥٠) ابن قدامة، المغني، ١/٤١١.

(٥١) الماوردي، الحاوي الكبير، ٢١/٣٢٣.

(٥٢) خليل بن إسحاق، المختصر، ٤٥.

(٥٣) ابن بشتغير، النوازل، ص ٣٦٧.

(٥٤) نفسه، ص ٣٦٧.

زيد الفاسي حين قال :

وجاز للنسوة للفرج النظر　　　من النسا إذا دعا له ضرر

بيد أن النظر لا يكون إلا بإذن القاضي أو نائبه ، ولا يقبل غير العدول في امتحان العيوب والشهادة عليها ، والأولى أن يكون اثنين(٥٥) . هذا ما جرى به العمل عند المتأخرين ، أما اليوم ، فإن عيوب الزوجين تمتحن عند الطبيب ، ولا حرج في كشف العورة بقدر الحاجة للعلاج أو الشهادة على الغيب ؛ إذ ما يحرّم سدّاً للشريعة يباح للمصلحة الراجحة .

٣- تضمين الرعاة

جرى العمل في المغرب أن يعهد الناس في رعي مواشيهم إلى شخص معين ، ويسمى الراعي المشترك(٥٦) ، والأصل أنه أمين لا ضمان عليه ، جرياً على مذهب المدونة : «لا ضمان على الرعاة إلا فيما تعدوا فيه أو فرطوا في جميع ما رعوه من الغنم والدواب لأناس شتى أو رجل واحد ، ولا يضمن ما سرق إلا أن تشهد بيّنة أنه ضيع وفرّط»(٥٧) . لكن العمل جار بخلاف المشهور ؛ وهو تضمين الرعاة لما يظهر عليهم من مخايل الكذب وأمارات التفريط ، فضلاً عن أن مصلحة حفظ الأموال تقتضي ذلك ، مع جواز إلحاق الراعي بالصانع المجمع على تضمينه . وقد نظم هذه المسألة عبدالرحمن الفاسي قائلاً :

ضمان راعي غنم الناس رعي　　　ألحِقْه بالصانع في الغرم تعي

ومما اعتضد به أصحاب هذا العمل قول ابن حبيب الذي حكى الخلاف في المسألة ، ثم مال إلى تضمين الرعاة إلحاقاً لهم بالصناع : «اختلف أهل العلم في الراعي الذي ورد

---

(٥٥) ابن فرحون، التبصرة، ٢/ ١٣٩، وميارة، شرح التحفة، ١/ ٢٠٦، والدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير، وعمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ٤٣٤-٤٣٦.

(٥٦) عرفه ابن رحال بقوله: هو الذي يرعى لسائر الناس. انظر: حاشيته على شرح ميارة للتحفة، ٢/ ١٩٢.

(٥٧) سحنون، المدونة، ٤/ ٤٣٩.

الحديث بسقوط الضمان عنه، فعن مالك وأصحابه أن كل راعٍ، مشتركاً كان أو غيره ما لم يتعدّ أو يفرّط. وقال ابن المسيب والحسن ومكحول والأوزاعي إنه الراعي لرجل خاص، فأما المشترك فهو ضامن، حتى يأتي بالمخرج، والأخذ بهذا القول أحبّ إليّ؛ لأنه صار كالصانع»(٥٨).

وقد انتصب للردّ على هذا العمل أحمد الونشريسي (ت٩١٤هـ) في كتاب مستقل برأسه موسوم بعنوان: «إضاءة الحلك والمرجع بالدرك على من أفتى من فقهاء فاس بتضمين الراعي المشترك»(٥٩)، وجلّى فيه الفروق بين الراعي والصانع من وجهين رئيسين: الأول: أن الراعي لا يؤثر في أعيان المواشي، فهو بمنزلة الأمين، بخلاف الصانع، والثاني: أن الإنسان يقدر على الرعي بنفسه، فالضرورة إلى تأخير الراعي ليس كالضرورة في الصانع. وهذا كلام سليم شرعاً ونظراً.

على أن إجراء العمل بتضمين الرعاة ليس على إطلاقه؛ بل هو مقيّد بشرطين:

- الأول: أن التضمين مقيّد بالراعي المشترك الذي يرعى لأناس شتى، أما الخاص الذي يرعى لشخص واحد أو شخصين، فهو بمنزلة الأمين، ولا ضمان عليه.
- الثاني: أن الضمان يسقط عن الراعي المشترك إذا قامت البيّنة على أن لا يد له في الضياع.

٤- أجرة الدلاّل(٦٠)

جرى العمل في المغرب على أن يعطي الناس بضاعتهم للدلاّل كي يصيح بها في الأسواق، فإن تم البيع استحق الأجرة كاملة، وهي تجري على العرف بحسب الزمان

---

(٥٨) ابن فرحون، التبصرة، ٢/٣٣٩.
(٥٩) طبع طبعة حجرية بفاس، وضمنه الونشريسي كتابه (المعيار المعرب)، ٨/٣٤٣.
(٦٠) الدلال بِلغة أهل المغرب هو: السمسار.

والمكان وقيمة السلعة، وإن لم يتم البيع فلا شيء له. وهي مركبة من الإجارة من جهة لزومها بالعقد على قول، ومن الجعل، من جهة كون السمسار لا يستحق شيئاً إلا بتمام العمل. وأصول مذهب مالك تقتضي منع هذه المعاملة؛ لأن من شروط صحة الإجارة والجعل أن يكونا معلومين من حيث الثمن ووصف العمل(٦١).

وقد راعى المالكية المتأخرون في إجراء العمل بأجرة الدلاّل الضرورة، وهي من الأصول المرعية عند مالك، كما ركنوا إلى قياسها على إعطاء الأجباح لمن يستثمرها بجزء من علّتها(٦٢).

ومن العجب العاجب أن يستشكل السجلماسي في شرحه لعمل فاس أجرةَ الدلاّل(٦٣)، بحجة أنه لم يجد من كلام الأئمة ما يعضّدها؛ ذلك أن استشكاله لا محلّ له من الإعراب على حد تعبير أصحابنا النحويين، فإذا كان يقصد بالأئمة فقهاءَ المالكية فالظاهر من كلامهم جواز أجرة السمسار، وقد سئل ابن أبي زيد القيرواني عن السمسار يدعي ضياع الثوب، فأجاب: (إنه مصدَّق)(٦٤)، ولا شك أن تفريعهم القول في المسألة إلى حدّ بحث التعدي والضمان في عمل السمسار يقتضي جواز هذا الضرب من الأجرة عندهم.

أما إذا كان المقصود بالأئمة غير المالكية، فإن كثيراً من العلماء قالوا بجواز أجرة السمسار، وقد روى البخاري عن ابن عباس قال: «لا بأس أن يقول: بع هذا الثوب بكذا، فما زاد فهو لك»، وقال: «ولم ير ابن سيرين وعطاء وإبراهيم والحسن بأجر السمسار بأساً»(٦٥).

---

(٦١) ميارة، شرح التحفة، ٢/١٠٢.
(٦٢) السجلماسي، شرح منظومة العمل الفاسي، ١/٢٤٤.
(٦٣) نفسه، ١/٢٤٢.
(٦٤) ابن أبي زيد القيرواني، الفتاوى، ص٢٠٨.
(٦٥) البخاري، الجامع الصحيح بشرح فتح الباري، ٥/٣٧٥.

٥- شهادة الابن مع أبيه

مشهور مذهب مالك أن شهادة الابن مع أبيه شهادة واحدة، وعوّل عليه خليل في مختصره قائلاً: «وشهادة ابن مع أب واحدة»(٦٦)، لكن العمل في الأندلس جرى بخلاف المشهور، فعدّت شهادةالابن مع أبيه في محل واحد شهادتين، وإلى هذا أشار ابن عاصم في تحفته:

وساغ أن يشهد الابن في محلّ مع أبيـه وبه جرى الـعمل

وقد تراحبت آفاق هذا العمل، وامتدت فروعه إلى المغرب في القرن العاشر الهجري، وكان له أشياع ينافحون عنه، وينتصبون للرد على مخالفيه، وعلى رأسهم الإمام الحميدي الذي يرى أن ما سار عليه أهل الأندلس هو الأرفق بالناس(٦٧)، ما دامت شروط العدالة مستوفاة في الأب والابن، وللقاضي أمر تعديل الشهود وتجريحهم، فلا معنى لاعتبار الشهادتين واحدة. ومذهبه قريب مما ذهب إليه الظاهرية من قبول شهادة الوالد لولده وإن نزل، أو الولد لوالده وإن علا، مطلقاً؛ لأن كل عدل تقبل شهادته؛ لعدالته، وهو قول ثانٍ في مذهب الحنابلة(٦٨).

والراجح عندي رأي الجمهور في المسألة(٦٩)، ومقتضاه رد مثل هذه الشهادة؛ لأنها مظنة التهمة والمحاباة والميل، والأصل في العلاقة بين الآباء والأبناء، وهي علاقة بضعية، أن تبنى على العاطفة الغلابة، وحظوظ النفس، والتجرّد فيها عزيز، والإنصاف نادر.

---

(٦٦) إسحاق بن خليل، المختصر، ٨٧.

(٦٧) ميارة، شرح تحفة الحكام، ١/ ٥٩.

(٦٨) ابن حزم، المحلى، ٨/ ٥٠٥٠، وابن قدامة، المغني، ١٢/ ٦٥.

(٦٩) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٢٧٢، والدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير، ٤/ ١٦٨، والشافعي، الأم، ٧/ ٤٦.

المبحث الخامس

أثر نظرية ما جرى به العمل في النهوض بفقه القضاء المالكي

إن نظرية العمل تزخر بإمكانات اجتهادية قمينة بالاستثمار، بوصفها:

١- ضرباً من الاستصلاح يراعي في العدول عن المشهور جلبَ مصالح معتبرة، ومثاله: تضمين الرعاة حفظاً لمصلحة أرباب المواشي، وهذا التضمين من شأنه أن يجعل الراعي يقظاً بصيراً بمواطن التعدي، وأسباب الغفلة.

٢- وضرباً من الاستحسان يعدل عن مقتضى القياس الصحيح المطّرد، ومثاله: أن المشهور ألا يقضي القاضي بعلمه، ولا بما سمع في مجلس نظره، لكن العمل في الأندلس والمغرب جرى بخلاف ذلك، استحساناً.

٣- وضرباً من الاجتهاد الذرائعي يعتدّ بثمرة الفعل لا برسمه الشرعي الظاهر، درءاً للمفسدة الراجحة، ومثاله: إجازة بيع المضغوط، تخفيفاً من وطأة معاناته النفسية، مع أن المشهور أن البيع لا يلزمه، وأن يرد إليه ما باعه بدون ثمن.

وفي ضوء هذه الصلة الوثقى بين نظرية ما جرى به العمل ومدارك الاجتهاد، يلوح لنا أن الإنكار على هذه النظرية بأنه لا يجوز الاحتجاج بالقول الضعيف أو الشاذ في أي حال من الأحوال -غير متَّجه ولا مسلّم؛ لأن إجراء العمل لا يكون اعتداداً بالقول نفسه؛ وإنما بالمدارك التي اعتضد بها كالمصلحة أو العرف أو سد الذريعة، وهي محكمة في مذاهب الفقهاء وفتاوى العلماء بما لا يحتاج إلى تقرير، فضلاً عن نصب برهان. ومن ثم يترقى القول الضعيف المفتى به من رتبة الردّ إلى رتبة الاحتجاج، التفاتاً إلى المدرك الصحيح الذي رفع الوهي، وجبر الوهن.

ولا شك أن استعداد القاضي المالكي من نظرية ما جرى به العمل، مع التقيّد بالضوابط الشرعية المومأ إليها عادَ على القضاء بعوائد الخير من ثلاثة وجوه:

- الأول: ارتياد القاضي لآفاق البحث والنظر، وارتياضه بطرائق الموازنة والتغليب، وانتشاله من وهدة الجمود على تركة المذهب، والتعصب للمشهور المسطور فيه.

- الثاني: إمداد القاضي بآلة الاجتهاد المآلي؛ ذلك أن حياده عن المشهور قد يكون في بعض الأحيان التفاتاً إلى خصوصية الزمان وخصوصية المكان، باعتبارهما وعاءين مؤثِّرين في الحكم المراد تنزيله على الواقع، واعتداداً بثمرة هذا الحكم الذي لا بد أن يثمر مقصده عند التنزيل، بعيداً عن أسباب التعطيل والانطماس، وأكثر ما يتجلى هذا النظر المآلي الراشد في تلكم المواضع التي يجري فيها الأخذ بالعمل، درءاً لمفسدة راجحة.

- الثالث: تطوير المذهب الفقهي الذي يدين به القاضي نفسه، عن طريق تأصيل فقهي عملي يعتدّ بتغيرات الواقع، ويراعي أعراف الناس، ويلتفت إلى مآلات الأمور، وهذا كله صنيع اجتهادي حُلو الجنى، محمود الغِبّ، جارٍ على مقاصد الشريعة.

والحق أن القاضي المجتهد في إطار نظرية العمل، الموازن بين كفتي المصالح والمفاسد، يتعاطى صنعة الاجتهاد من جهتين: الأولى: فهم المراد الإلهي من الوحي أحكاماً ومقاصدَ، استهداءً بأدوات الاستنباط ومناهج الاستدلال، والثانية: فهم موازٍ للفهم الأول، وهو الفقه في الواقع الإنساني المتغيّر المنزّل عليه، وإدراك علائقه المتشابكة، وسماته المعقدة، وأبعاده الغنية. وبالفقهين معاً: فقه النص وفقه الواقع، تُمتّن عرى الوصل ووشائج القربى بين «وحي السماء وواقع الأرض»(٧٠)، فتغدو حياة الناس منفعلة بتعاليم الوحي، ومتشربة لمقاصده، ويشقّ الوحي مجراه نحو الحضور الفعلي في الواقع،

---

(٧٠) قطب سانو، أدوات النظر الاجتهادي المنشود في ضوء الواقع المعاصر، ص٢٠.

بقصد تكييفه وفق إلزاماته المتمحّضة للخير في العاجل والآجل.

ومن هنا فإن اجتهاد القاضي في إجراء العمل، وتعضيده بالمدرك الشرعي الناهض، وتحقيقه للمناط الخاص، ثنائي المقصد والاتجاه؛ إذ لا ينكفئ على استبطان الإلهي في الوحي فقط؛ وإنما يعنى بتطبيق المراد المفهوم على الواقع الإنساني بوصفه حلبة المتغيرات والمتعارضات، وهذا يقتضي تبصراً بخصوصيات كل واقع منزل عليه؛ وتوسلاً بأدوات التنزيل المحكم التي تحمي مآل الحكم، وتصون مقصده عن دواعي التخلّف والانطماس.

ودعني أقول - غير متحرّج ولا متحرّف عن الحق -: لما أوصد باب الاجتهاد بدعوى فقدان آلته، وتعذر شروطه، وسدِّ ذريعة التطاول عليه، فتح فقهاء المالكية باباً آخر هو (ما جرى به العمل)، لتتأتى للفقيه مدارجة مستجدات عصره، والتدلي إلى أسباب واقع، وكان الخيار الأثير في معترك المتغيرات، تقوية الأقوال الضعيفة المهجورة بمداركَ ناهضة، ليصبح لها حظ من النظر والاعتبار، بيد أن العمل يستمر جارياً بهذه الأقوال، ما دام موجبها قائماً، ومدركها ناهضاً، فإن زال لعارضٍ جديد اكتنفَ محلّ التنزيل أو وقته، عاد الحكم إلى الراجح أو المشهور، لدوران الحكم مع علته، وارتباط المصلحة بموجبها.

المبحث السادس
مآخذ على (نظرية ما جرى به العمل)

إذا قامت لدينا الحجج الملزمة النواهض على ثراء نظرية العمل، وانفساح آفاقها الاجتهادية، من جهة المدارك التي تبنى عليها، والذرائع التي تفتح فيها لجلب المصالح، والأنظار التي تعنى بتحقيق مناطات التنزيل، فإن التطبيق لم يرقَ أحياناً إلى قوة التأصيل وشرف المقصد؛ إذ اشتط وزاغَ عن السبيل القصد، وجاء التفريع على النظرية مجافياً

للأصول، ومنابذاً للقواعد، وهذا هو الوجه الكالح في فقه العمل.

ولا شك أن العمل يجري في مناحٍ شتى؛ وتتفاوت مستويات رجحانه، بتفاوتِ مداركه وموجباته، ولعل الجاري منه على وزان الشرع، والمتفرّع على أصل الاجتهاد لا يشذ عن الأنواع الآتية:

١- إجراء العمل وفق الضعيف في المذهب، لوجهٍ بدا للمجتهد أنه أقوى وأرجح.

٢- إجراء العمل وفق الدليل الشرعي مع مخالفة مشهور المذهب.

٣- إجراء العمل فيما لا نصّ فيه.

٤- إجراء العمل فيما فيه شبهة دليل.

وليس من وكدنا هنا التمثيلُ لهذه الأنواع بفروع من (فقه العمليات)، فإن ذلك لا يلتئم بالغرض الذي نؤمّه في هذا المبحث، وحسبنا أن نجرّد صدراً من الاهتمام لتعقّب منحى في العمل جرى على خلاف النصوص القطعية، واستدرك على الشرع ببدعٍ لا خطم لها ولا أزمَّة، وهذا مما أثار حفيظة بعض الفقهاء، فشنّ حملة شعواء على نظرية العمل وشذوذاتها الصريحة، وعلى رأسهم: محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي، وأبو العباس الهلالي، وأحمد بن الصديق الغماري، ومحمد تقي الدين الهلالي.

وإن من الضلال البيّن نصرة العمل الفاسد، وإجراء الفتوى به، وإن صدر عن قضاة مؤهلين وعلماء معتبرين؛ لأنه من قبيل المخالفة المذمومة التي تعين على نقض عرى الدين، ودرس معالم الشريعة، وما من سنّة مضاعة إلا ومن ورائها بدعة مذاعة، نسأل الله السلامة والعافية. ويعجبني هنا أن أستحضر شيئاً من نظم محمد الغلاوي الشنقيطي فيما تجوز به الفتوى، لتعلقه بالمقصود، ودلالته على المراد:

وليس كل ما جرى به العمل معتبراً شرعاً، فمنه ما انهمل

فربما أجراه ذو التعاصـــي   بترك طاعة وبالمعاصـــي(٧١)

وحتى لا يكون نقدنا للجانب التطبيقي عارياً عن الشواهد الدالة، والأمثلة الناطقة، نسوق هنا مسائل من (فقه العمل) خولفت فيها الأدلة الصريحة، والقواعد الرجيحة، تملقاً لمشاعر العامة، وتهيباً من سلطان العادة الذي يورث في نفوس الضعاف الرهبة من تنكب المألوف، وإن كان منكراً في ميزان الشرع، ومنطق العقلاء الأسوياء، وكأن شيعوعة الفعل تدل على جوازه! وهذا أصل إماتة السنة وإحياء البدعة.

١ - الاعتداد بالأشهُر بدل القروء

جرى العمل في مدينة فاس على أن تعتدّ المرأة المطلقة ثلاثة أشهر عوض ثلاثة قروء(٧٢)، بدعوى أن المطلقات يستعجلن الزواج ويدعين انقضاء القروء الثلاثة كذباً وزوراً، فيعاملن بنقيض المقصود، عملاً بالقاعدة الشرعية: (من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه)، ولا يسلّم لهن بإتمام العدة إلا بعد انقضاء ثلاثة أشهر، إيغالاً في الاحتياط، وحسماً لمادة التحايل.

وقد أقرّ (فقهاء العمل) هذه المخالفة الصريحة، تقديساً للعرف، وتعلّقوا فيها بكلام لأبي بكر بن العربي يعدّ من شواذ فقهه، يقول: «وقلّت الأديان في الذكران، فكيف بالنسوان، فلا أرى أن تمكن المطلقة من الزواج إلا بعد ثلاثة أشهر من الطلاق»(٧٣)، وهو محجوج بصريح الآية، وإجماع العلماء قبله.

---

(٧١) محمد الغلاوي، منظومة بوطليحية، ص١٢٥، وانظر: محمد إبراهيم علي، (اصطلاح المذهب عند المالكية)، ص ٦٢٩.

(٧٢) الوزاني، تحفة الأكياس في شرح عمل فاس، ١/ ٥٣.

(٧٣) أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، ١/ ١٨٧.

وبيان عُوار هذه المخالفة من وجوه :

- الأول :

أن الاستعاضة عن ثلاثة قروء بثلاثة أشهر استدراك على الوحي ؛ لأن الله تعالى لا يخفى عليه فساد الأزمان المتأخرة، وما يجري فيها من كذب النساء في شغل الرحم أو براءته، استعجالاً للزواج، فلو أراد أن يجعل عدة المطلقة ثلاثة أشهر احتياطاً للمراد، وسداً لذريعة التحيّل، لاستقام الأمر وفق مشيئته. ومن ثمّ فإن العدول عن القروء إلى الأشهر مضاهاة للشرع، حذرت منها الآية الكريمة : **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تُقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ①﴾**(٧٤).

- الثاني :

أن في العدة ضرباً من التعبد يمتحن به امتثال المطلقة للأمر، ووفاؤها للعشرة الزوجية، فلا يجوز التصرف في مدتها بزيادة أو نقص، لذلك كان حكمها ثابتاً بالنص، والنص في اصطلاح الأصوليين : اللفظ الذي لا يحتمل إلا معنى واحداً(٧٥)، يقول صاحب مراقي السعود :

نص إذا أفاد ما لا يحتمل   غيْراً، وظاهر إن الغير احتمل
والكل من ذين له تجلّى   ويطلق النص على ما دلاّ(٧٦)

وآية العدة : **﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾**(٧٧)، دلالة النص فيها اسم العدد، وهو ما دلَّ على معنى قطعاً، ولا يحتمل غيره قطعاً، بخلاف صيغ الجموع في العموم، فإنها تدل على أقل الجمع قطعاً وتحتمل الاستغراق(٧٨)، وهذا بغضِّ النظر عن

---

(٧٤) الحجرات: ١.
(٧٥) الباجي، كتاب الحدود في الأصول، ص٤٣.
(٧٦) الشنقيطي، فتح الودود على مراقي السعود، ص٣٥.
(٧٧) البقرة: ٢٢٨.
(٧٨) القرافي، شرح تنقيح الفصول، ص٣٦.

المشترك اللفظي في الآية: هل المراد بالقرء الطهر أم الحيض؟ لأن الخلاف في معنى القرء غير مؤثر في نصيّة العدد، ولا بمسقط لوجوب التربص بالقروء لا بالأشهر.

ومتى وجد النص وجب المصير إليه، والعمل به، إلا أن نظفر بقادح يوجب ضعفه، أو معارض قوي له، أو ناسخ متأخر عنه، وآية العدة نص قطعي الورود والدلالة، سالم من المعارضة الراجحة أو المساوية؛ إذ لم ترد على خلافه سنة صحيحة ولا سقيمة، ولا قول صاحب، ولا قياس جلي، ولا قاعدة معتبرة، وهو - فضلاً عن هذا كله - غير منسوخ حكماً، فكيف تنهض العادة البالية الرثّة ناسخة لكلام الله تعالى، وحَكَماً مطاعاً في مضمار التشريع؟!

- الثالث:

أجمع العلماء على أن عدة المطلقة الحائض ثلاثة قروء، وخرق هذا الإجماعَ القاضي أبو بكر بن العربي برأي شاذ لا يلتفت إليه، وعضّده فيه (فقهاء العمل)، تقليداً للرأي، وخضوعاً للعرف، والقول المخالف للإجماع مردود.

- الرابع:

أجمعت الأمة على ما حكاه ابن العربي نفسه في (أحكام القرآن)(٧٩) على أن المرأة مؤتمنة مصدَّقة في قولها بشغل الرحم أو براءته ما لم يقم دليل على كذبها، ثم نقض هذا الإجماع بقول مخالف، وهذا من تناقضات البشر، عفا الله عنا وعنه.

ولعل في تصديق المرأة في أمر رحمها ضرباً من المواساة والتخفيف، مع تمكينها من الزواج في مدة يسيرة، وقد جرى في تصرفات الشارع ما يُؤنس لهذا المقصد، كمنعه للطلاق في الحيض، حتى لا تطول عدة المطلقة، فإن كانت حائضاً لم تحتسب حيضتها

---

(٧٩) أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، ١/ ١٨٧.

من العدة، وانتظرت استقبال حيضة ثانية تبدأ منها العدة.

٢- جعل طلاق العوام كله بائناً

جرى العمل بفاس أن طلاق العوام كله بائن(٨٠)، ولو كان في مدخول بها دون عوض، ولا لفظ خلع، ولا حكم حاكم، ونصر فقهاء العمل هذه المخالفة بدعوى أن العامي لا يدرك معنى الطلاق الرجعي، وأنه إذا طلق انصرفت نيته إلى البينونة، وحجتهم داحضة، ومنطقهم مأفون؛ (لأن الحكم على الطلاق بالرجعي والبائن حكم شرعي، وضع له الشرع سبباً، فإذا وجد سبب الرجعي فالطلاق رجعي، ولا يتوقف على معرفة المطلق لمعنى الرجعي ولا شروطه، ولا على نية أنه رجعي، ولا على عدم ظنه بائناً، وإذا وجد سبب البائن فالطلاق بائن، ولا يتوقف على معرفة المطلّق لمعنى البائن، ولا لشروطه، ولا على نية البينونة، ولا عدم ظنه رجعياً»(٨١).

وإذا كان حق الرجعة ثابتاً بالكتاب والسنّة والإجماع، فكيف يتجرأ بعض الفقهاء والقضاة على إسقاطه بعلة عليلة، ومنطق فطير؟ وكيف يسوغ أن يجريَ العمل بخلاف الثوابت الراسخة؟ وكيف يسدّ العرف الفاسد سدَّ الشّرع الراشد؟ ثم إن الرجعة مدة خيار، وفسحة مراجعة، وباب يسر فَتَحَه الله تعالى لعباده، حتى يفيء المخطئ إلى رشده، ويصلحَ المفسد من أمره، فيستأنف الزواج مسيره، متسقة أحواله، مطردة مجاريه. لكن العمل يغلق هذا الباب، فيعنت الخلق، ويهدر المصالح، ويحلُّ حبوةَ الدين.

ولو فرضنا - من باب الجدل - أن هذا العمل يجري من أصول الشّرع على عِرْقٍ، فإنه يحدث بدعة جديدة لا عهد للشرائع بها، وهي أن يقسّم الشرع إلى قسمين: شرع يدين به

---

(٨٠) المهدي الوزاني، تحفة الأكياس، ١/ ٢٨، وعمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص٣٨٧.
(٨١) أبو العباس الهلالي، نور البصر، ص١٧٣.

الخاصة، وشرع يدين به العامة، والدين الذي أنزل على محمد ﷺ واحد، والبلاغ عام لا يستثنى منه عامي، أو وضيع، أو جاهل، والتكليف جارٍ على الخلق جميعاً، إلا لعذر قائم، وعارض معتبر.

٣- ترك اللعان

جرى العمل في فاس بترك اللعان(٨٢)، ورحب (فقهاء العمل) به نظماً وشرحاً وتوجيهاً، يقول عبدالرحمن الفاسي في منظومته:

واترك لفاسق وغيره اللعانْ أو هو للفاسق فقط بغير ثان

وقال الزقاق في لاميته المشهورة:

وترك لعان مطلقاً أو لفاسق ....

ولعل جذور هذا العرف ضارب في أغوار التاريخ؛ إذ لاعن ابن الهندي الفقيه الموثّق الأندلسي زوجته سنة (٣٨٨هـ)، فأنكر الناس عليه ذلك، ميلاً إلى أولوية الستر، ودرءاً للفضيحة، فأجابهم معتذراً: (أردت إحياء سنة أميتت)(٨٣)، والمفهوم من جوابه أن سنة اللعان اندثرت قبل عصره، وهذا مما ينبئ عن قدم هذا العرف وتجذُّره.

ولا يعلم لترك اللعان حجة إلا ما يذكر عن ابن العربي أنه صرّح بأن شهادة الرجل على زوجته برؤية الزنا مكروهة(٨٤)، ولا يلتفت لقول أحد بعد نهوض الحجة من كتاب الله وسنة رسوله، كائناً من كان، فضلاً عن أن ما نسب إلى ابن العربي يحتاج إلى تثبت وتحر، قبل التسليم بهذا العزو، ولا سيما أننا لم نقع عليه في آثاره المطبوعة.

---

(٨٢) المهدي الوزاني، تحفة الأكياس، ١/٥٧.
(٨٣) أبو عبدالله التاودي، حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم بهامش البهجة في شرح التحفة، ١/٣٣٠.
(٨٤) أبو الحسن التسولي، حاشية على شرح التاودي للامية الزقاق، ٥/٢٢.

واللعان ثابت من وجوه :

- الأول : قوله تعالى : ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ** ۝٦ ﴾(٨٥) .

- الثاني : حديث عويمر العجلاني في الصحيحين ، وفيه : «فقال رسول الله ﷺ : قد نزل فيك وفي صاحبتك ، فاذهب فأت بها ، فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ ، فلما فرغ من تلاعنهما ، قال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها ، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره بذلك رسول الله ﷺ»(٨٦) .

- الثالث : انعقاد الإجماع على ثبوت اللعان ، قال ابن رشد الحفيد : «فاللعان ثابت بالكتاب والسنة والقياس والإجماع»(٨٧) .

- الرابع : مذهب مالك أن الفاسق كالعدل في صحة الالتعان ، وعليه عوّل خليل في مختصره قائلاً : «إنما يلاعن زوج وإن فسد نكاحه أو فسقا»(٨٨) .

٤- ترك القيافة

القيافة معرفة النسب بشبه الخلقة ، فلو نظر القائف إلى قوم لقال : هذا ولد هذا ، وهذا ولد هذا . . وهذه سنة محكمة عند الشافعية ، متروكة عند الحنفية ، مخصصة عند مالك - على المشهور - بالإماء دون الحرائر ، ودليلها حديث عائشة قالت : «دخل علي رسول الله ﷺ مسروراً فقال : يا عائشة ألم تري أن مجززاً المدلجي دخل علي ، فرأى أسامة

---

(٨٥) النور: ٦.

(٨٦) رواه البخاري في كتاب الطلاق، باب اللعان ومن طلق بعد اللعان، برقم: ٥٠٠٢، ومسلم في كتاب اللعان، برقم: ١٤٩٢.

(٨٧) ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ٢/١١٥.

(٨٨) خليل بن إسحاق، المختصر، ص١٥٤.

وزيداً وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما، وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض»(٨٩).

بيد أن العمل الفاسي جرى بإبطال هذه السنة(٩٠)، ومنع الاستلحاق بها، يقول عبدالرحمن الفاسي:

وعملَ القافة لا تراعِ   في باب الاستلحاق لامتناعِ

وقد بني ترك هذه السنة على تعليلين: الأول: أن مبنى القيافة على التخمين، والتخمين لا يثبت به استلحاق أو نسب، والثاني: انقراض هذه الحاسة الخارقة في إثبات النسب في العصور المتأخرة. أما التعليل الأول فالجواب عنه: أن القيافة ليس مجرد حرز وتخمين؛ وإنما هي ضرب من الفحص الفطري، يثبت به النسب، بناء على علامات وأمارات، كالشبه في الأقدام، وقد ظهرت آثارها الملموسة وعوائدها المحققة في كل عصر، وعرف بها أقوام عبر التاريخ. أما الثاني فالجواب عنه: أن أي عصر لا يخلو من قائف أودعه الله تعالى موهبةَ معرفة النسب من طريق الخلقة، وقد صرَّح عبدالقادر الفاسي نفسه أنه وجد في عصره من أثبتها(٩١).

فالقيافة، إذاً، مسلك شرعي معتبر يترتب عليه الاستلحاق، وتثبت به حقوق البنوة، من نفقة ورعاية وإرث، فتعطيلها تعطيل لهذه الحقوق، ومنع من ظهور الأنساب، وما من شيء شرعه الخالق وعطله المخلوق إلا فاتت بفواته مصالح، لكن أكبر الناس عمون عن الخير، ناكبون عن المصلحة فيما شرع لهم، والعرف الفاسد باب تولجوا منه إلى درء

---

(٨٩) رواه البخاري في كتاب الفرائض، باب القائف، برقم: ٦٣٨٩، ومسلم في كتاب الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد، برقم: ١٤٥٩.

(٩٠) المهدي الوزاني، تحفة الأكياس، ١/ ٢٥٠.

(٩١) عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص٥٠٩.

الرشاد وجلب الفساد.

٥- شهادة اللّفيف أو الشهادة العرفية

جرى العمل في فاس بشهادة اللفيف أو الشهادة العرفية، وهي شهادة عدد كثير من الناس لا تتوافر فيهم شروط العدالة، ويحصل بها العلم على وجه التواتر، وذكر أبو حامد الفاسي أن هذا العمل جارٍ قبل القرن العاشر الهجري في المغرب والأندلس، ولا يوجد نص في خصوصه؛ وإنما مال فيه الناس إلى الاستحسان والقياس على غيره مما أبيح للضرورة(٩٢).

وصورة شهادة اللفيف أن يأتي المشهود له باثني عشر رجلاً، مجتمعين أو متفرقين إلى عدل منتصب للشهادة، فيدلون بشهادتهم عنده، ويحرر رسم الاسترعاء على وفق شهادتهم، ويضع أسماءهم عقب تاريخه، ثم يحرّر رسماً آخر أسفل الرسم نفسه، ثم يضع العدلان إمضاءهما في أسفل الرسم الثاني(٩٣).

أما وجه تسميتها باللفيف فإن الشهادة يؤديها من يصلح لها ومن لا يصلح من أخلاط الناس، فكأنما لفّ بعضهم إلى بعض(٩٤).

ولا شكَ أن من ارتضى هذه الشهادة وأقرّ العمل بها كان يعّلل مذهبه بشيئين: جريان العرف بها، واقتضاء الضرورة لها؛ لأن الناس قد تدعوهم الحاجة إلى إشهاد غير العدول في موضع لا عدول فيه، وإذا ما أصروا على شرط العدالة أهدرت مصالحهم في كل ما يتوقف على الشهادة كالبيع والشراء والنكاح والطلاق. ثم رأيت (فقهاء العمل) يحتجون

---

(٩٢) أبو حامد الفاسي، تقييد في شهادة اللفيف، ص٨.
(٩٣) عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص٤٩٧.
(٩٤) المهدي الوزاني، تحفة الأكياس، ٢/١٩٤.

للشهادة العرفية بالقياس على شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح والقتل، ويستأنسون بنقلٍ عن ابن أبي زيد القيرواني، ونصه: «إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجوراً للشهادة عليهم، ويلزم مثله في القضاء، لئلا تضيع المصالح»(٩٥).

والحق أن القرآن الكريم نصَّ صراحة على شرط العدالة في الشهادة، فقال: ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴿٢﴾ ﴾(٩٦)، وكل قياس ينازعه فهو فاسد الاعتبار، والحجة في قوله تعالى وسنة رسولهﷺ، لا في قول ابن أبي زيد أو غيره، فضلاً عن أن عزوَ النقل إليه يحتاج إلى استقصاء وتحرٍ. فلا غرو أن نلفي من كبار فقهاء المالكية من يبدي نقمته على شهادة اللفيف، ويحظر إجراءها مطلقاً في المعاملات، غير آبهٍ بشكوى بعض الناس من ضياع الأموال، وفوات المصالح؛ لأن المصلحة الحقيقية في رعاية النصوص، والنص قاطع في اعتبار العدالة التي من شأنها أن تصون حقوق الناس في تطاول الفجار والظلمة، وتحول دون ابتذال أهل السفه لأهل الفضل، ولو تغاضينا عن هذا الشرط في الشهادة تجرأ عليها كل من هبَّ ودبَّ، وأكلت أموال الناس بالباطل، وهذا مما يؤكد بما لا يدع مجالاً للشك أن العدالة هي الضمان الأمثل لاستقرار حبل العدالة، واستيفاء الحقوق، وحفظ المصالح، فالشرع لا ينصب شروطاً إلا وهي متمحضة لخير المكلفين في حالهم ومآلهم، لكن أكثر الناس لا يعلمون!

بيد أن المالكية المعتدين بشهادة اللفيف قيدوا العمل بها بضوابط شرعية تحسم مادة التلاعب بالشهادات، وتسد الذريعة إلى أكل أموال الناس بالباطل، وهي:

---

(٩٥) ابن فرحون، التبصرة، ٢/ ٢٤.
(٩٦) الطلاق: ٢.

أ - أن يكون الشهود ممن تتوسّم فيهم مخايل المروءة.

ب - كونهم أمثل من يوجد في البلد، فيقدّم الأمثل فالأمثل، ويستكثر منهم بحسب خطر الحقوق، وعظم المصالح.

ج - ألا يقبل اللفيف إلا لضرورة ملجئة، كإعواز العدول في البلد.

د - انتفاء صلة القرابة بين الشاهد والمشهود له.

هـ - انتفاء شبهة العداوة بين الشاهد والمشهود له(٩٧).

وإذا ما استوفيت هذه الشروط في اللفيف كان ذلك تزكية لهم، ولم يبق إلا التبريز فيها والذي يضاهي شرط العدالة، بيد أن ابن هلال المالكي اجتزأ بشرط واحد هو ستر حال الشاهد، وعليه عوّل صاحب منظومة العمل الفاسي فقال:

لا بدَّ في الشهود في اللفيفِ		من ستر حالهم على المعروفِ

٦- الوقف على البنين دون البنات

ورد في (المدونة) عن مالك أنه كره لمن حبَّس أن يخرج البنات(٩٨)، وعوّل عليه خليل في مختصره(٩٩)، وقد تجرّد ابن رشد لسبر المذهب واستصفاء نخبته في المسألة، فتحصلت له أربعة أقوال:

- الأول: قول مالك: إن الحبس يفسخ على كل حال إن مات المحبِّس بعد أن حيز عنه الحبس ويرجع لملكه.
- الثاني: أن المحبّس يفسخه ويدخل فيه البنات وإن حيز عنه.

---

(٩٧) أبو حامد الفاسي، تقييد في شهادة اللفيف، ص١٠.
(٩٨) سحنون، المدونة، ٦/١٠٥.
(٩٩) خليل بن إسحاق، المختصر، ص٥٠.

- الثالث : أنه يفسخه ويدخل في البنات وإن حيز عنه .

- الرابع : أنه لا يفسخه ويدخل فيه البنات ما لم يحز عنه ، فإن حيز عنه لم يفعل إلا برضا المحبّس عليهم(١٠٠) .

بيد أن العمل جرى بخلاف مشهور المذهب ، بحجة أن الكراهة عند مالك محمولة على التنزيه فقط ، يقول أبو زيد الفارسي :

وحبس على البنين لا البناتِ   بصحةٍ وعدم البطلان آتِ

والحق أن تصحيح الجواز في المسألة ، وإجراء العمل به ، مخالفة شرعية صارخة يمكن بيان عوارها من وجوه :

- الأول : مخالفة الهدي النبوي في التسوية بين الأولاد ، فعن النعمان بن بشير مرفوعاً : «اعدلوا بين أبنائكم ، اعدلوا بين أبنائكم»(١٠١) .

- الثاني : أن إيثار البنين بالعطية دون البنات من عمل أهل الجاهلية الذين كانوا يخصون الذكور بالمبرات ، وقد أُمِرْنا بمخالفة أهل الكفر ، وسعى الشرع سعيه لحسم مادة التشبه بهم .

- الثالث : أن من محاسن الشرع سدّ الذّرائع إلى الشحناء والبغضاء وقطع الأرحام ، وإيثار البنين بغلات الوقف وعوائده من شأنه أن يكدّر صفو الوئام بين الأبناء ، وربما آل الأمر بينهم إلى الاقتتال والتطاحن ، وهذا مشهود في وقائع معاصرة حية .

- الرابع : مخالفة اصطلاح المذهب ؛ لأن من المقرّر عند المالكية أن الإمام مالكاً إذا

---

(١٠٠) السجلماسي، شرح عمل فاس، ٢/١٠.

(١٠١) رواه أبو داود في كتاب الإجارة، باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل، برقم: ٣٥٤٤، والنسائي في كتاب النحل، باب ذكر اختلاف الناقلين لخبر النعمان بن بشير، برقم: ٣٦٨٧، وقد صححه الألباني في (صحيح سنن أبي داود).

أطلق لفظ (الكراهة) انصرف المعنى إلى التحريم، لا إلى الكراهة التنزيهية، وقد ذكر ابن وهب أن مالكاً قال له: «لم يكن من فتيا المسلمين أن يقولوا: هذا حلال، وهذا حرام، ولكن يقولون: إنا نكره هذا، ولم أكن لأصنع هذا»(١٠٢). ويكاد يكون الأصل في إطلاق لفظ الكراهة عند الأئمة الأربعة إرادة التحريم، ولذلك صرح السبكي أنه غالب إطلاق المتقدمين(١٠٣).

إن المسائل من هذا النَّجْرِ(١٠٤) تمتدّ وتنقاد، وهي لا تجري من أصول الشرع على عِرق؛ بل المخالفة فيها صريحة، والمضاهاة للشارع صارخة، وهذا ما حدا العلامة محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي حدواً إلى الإنكار على مخالفات العمل الفاسي، والتجرّد لبيان وهائها، نصرة للسنة وقمعاً للبدعة، يقول: «ثم جاء الشيخ عبدالرحمن بن عبدالقادر الفاسي، ونظم كتاباً فيه نحو ثلاثمائة مسألة مما جرى به العمل بفاس بالخصوص، وشرحه هو كما شرحه غيره، غير أنه حاطب ليل، جمع حتى ما جرى به عمل القضاء جوراً وجهلاً، كترك اللعان مع أنه في كتاب الله، وأن عدة المطلقة ثلاثة أشهر لا قروء، مخالفاً للفظ القرآن العظيم، وغير ذلك مما انتقده عليه الهلالي في (نور البصر) وغيره، ومن المسائل التي زعموا جريان العمل فيها أن الطلاق كله بائن، مع أن الطلاق إذا أطلق في القرآن انصرف للرجعي، ولا يكون بائناً إلا بأسباب مهما لم تكن، صار رجعياً، ولي في ردّ ذلك رسالة، فلينظرها مريدها»(١٠٥).

---

(١٠٢) ابن العربي، أحكام القرآن، ٣/١٦٦.
(١٠٣) السبكي، الإنهاج، ١/٥٩.
(١٠٤) النجر: الأصل. انظر: المعجم الوسيط، ٢/٩٣٩.
(١٠٥) محمد الحجوي الثعالبي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، ٢/٤٠٨.

خاتمة

بعد هذا التطواف الرحيب في آفاق نظرية العمل عند المالكية المتأخرين، أَزِفَ أوان قَيْد النتائج، ورَقْمِ الخلاصة:

١- أن إجراء العمل، وإن كان ناكباً عن جادة الراجح أو المشهور، فإنه معتضد بمداركَ ناهضةٍ لا تشذ عن فلكِ المذهب المالكي، فإذا كان مبنياً على جلبِ المصالح فهو على أصل مالك في الاستصلاح، وإذا كان جارياً على درء المفاسد فهو على أصله في سد الذرائع، وإذا كان معزّزاً بالعرف الدارج فهو على أصله في مراعاة الأعراف والعوائد. بيد أن جريان العمل يستمر باستمرار موجبه الشرعي، فإذا انتفى عاد الحكم إلى الراجح أو المشهور، لدوران الحكم مع علته وجوداً وعدماً.

٢- أن أكثر المخالفين لنظرية العمل والمشنِّعين عليها لا يميزون بين أصلها الجاري على سَنَنِ المذهب في جلب المصالح ودرء المفاسد، وبين التفريع عليها الذي شابه ما شابه من المخالفات الصريحة للنصوص، والمجاراة العمياء للأعراف، ومن ثم أطلقوا القول برفض النظرية جملة وتفصيلاً، مع أن الأمر يقتضي وضع الأمور في نصابها، ووزن العمل بميزان الإنصاف والتجرّد، فنثبت له فضله في التشريع، وأثره في الاجتهاد من جهة، ونبصّر الناس بمثالبه في التطبيق من جهة ثانية، حتى لا يغتروا بالمخالفة تحت ستار العمل الجاري والعرف الشائع. ولا يضير العمل، وهو ذو صبغة اجتماعية ومآلٍ اجتهادي أن يجنح بعض الفقهاء في التطبيق إلى المخالفة الصارخة، والبدعة المردودة، فإن العبرة بالجوهر، وهو إن صين عن الشوائب، ونزّه عن النواقص، كان له من الأثر الحسن ما يجلّي به وجه التشريع الإسلامي في صورة وضيئة بهية.

٣- أن إجراء العمل اجتهاد في دائرة المذهب، يكبح جماح التعصب للمشهور، والجمود على المختصرات، ويفتح الباب على مصاريعه لجلب المصالح الراجحة، عن طريق الموازنات، وركوب معايير التغليب، وتحقيق مناطات التطبيق، وهذا الصنيع الاجتهادي من شأنه أن يعين القاضي المجتهد على استبطان فقه واقعه، ومدارجة مستجدات عصره، وتحقيق قيومية الوحي على الواقع.

٤- أن الغلو في إجراء العمل يفضي إلى عواقب وخيمة تنقض عرى الدين، وتهتك حجاب الشريعة، وأكثر ما يلاحظ هذا الغلو في تلكم التطبيقات المتهافتة للعمل التي جنحت إلى تقديس صنم العرف الفاسد، ومجاراة الوضع الآسن، تهيباً من سلطان غالب سماه الإمام الشاطبي - رحمه الله- بالاعتياد العامي.